

La sanabilità dei vizi inerenti la cauzione provvisoria alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione

di Margherita Scalise

Data di pubblicazione: 14-11-2014

Tar Lazio, Sez. III Quater, 6 novembre 2014, n. 11141

Presidente Riggio; Estensore Ferrari

1. Negli appalti pubblici, appare illegittimo il ripensamento della Commissione che, dopo la sanatoria dell'errore, alla quale essa stessa aveva ammesso la ditta partecipante, l'ha esclusa dalla gara per aver presentato in luogo della cauzione provvisoria una polizza fideiussoria relativa ad altra gara.

2. In base al principio di tassatività delle cause di esclusione introdotto dall'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sono sanabili i vizi e le irregolarità della cauzione provvisoria atteso che la stessa non è parte integrante dell'offerta e, di conseguenza, gli eventuali vizi che l'affliggono non possono comunque determinare l'esclusione della partecipante, posto che gli stessi costituiscono un minus, rispetto alla carenza assoluta, tale da non invalidare l'offerta.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 12701 del 2014, proposto dalla Sanacilia Srl,

rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Di lenno, con domicilio eletto presso lo stesso avv. Enrico Di lenno in Roma, viale Mazzini, 33;

contro

Azienda Ospedaliera Sant'Andrea, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Borioni, con domicilio eletto presso lo stesso avv. Paolo Borioni in Roma, Via Luigi Ceci, 21;

per l'annullamento

della determina n. 15417 del 1 ottobre 2014 con cui l'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea ha escluso la Società ricorrente dalla gara per l'affidamento del servizio di fornitura in noleggio di materassi antidecubito necessari ai vari reparti, nonché per il risarcimento danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Sant'Andrea;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2014 il cons. Giulia Ferrari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Il Collegio, chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare di sospensiva dell'atto impugnato, ha deciso di definire immediatamente il giudizio nel merito con sentenza resa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e ne ha dato comunicazione ai difensori presenti delle parti in causa;

Considerato che la ricorrente soc. Sanacilia s.r.l. è stata esclusa dalla gara - bandita dalla Azienda Ospedaliera Sant'Andrea per l'affidamento del servizio di fornitura in noleggio, per due anni, di materassi antidecubito - per aver presentato, in luogo della richiesta cauzione provvisoria una polizza fideiussoria relativa alla gara indetta dall'Azienda Ospedaliera Sant'Anna di Como;

Considerato che su richiesta della Commissione di gara, del 16 settembre 2014, la ricorrente ha provveduto in poche ore a sostituire la fidejussione erroneamente inserita nel plico di gara con altra, stipulata con lo stesso Istituto di assicurazione sin dal 18 luglio 2014;

Considerato che appare illegittimo il ripensamento della Commissione che, dopo la sanatoria dell'errore, alla quale essa stessa aveva ammesso la Sanacilia s.r.l., l'ha esclusa dalla gara;

Considerato infatti che l'errore in cui è incorsa la Sanacilia s.r.l. nell'inserire nel plico dell'offerta una garanzia relativa ad altra, pressoché concomitante, gara, è scusabile, e ciò

non solo perché la presentazione della cauzione corretta è avvenuta in pochissime ore dalla richiesta (a dimostrazione che la società era già in possesso della cauzione), ma, soprattutto, perché la cauzione relativa alla gara di cui è causa era stata rilasciata (dalla medesima Elba Assicurazioni s.p.a. che aveva rilasciato la fidejussione per la gara bandita dall'Azienda Ospedaliera Sant'Anna di Como) sin dal 18 luglio 2014, mentre il termine per presentare le offerte scadeva il successivo 16 settembre 2014;

Considerato infine, ed il rilievo assume carattere assorbente di ogni altra considerazione, che in base al principio di tassatività delle cause di esclusione introdotto dall'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sono sanabili i vizi e le irregolarità della cauzione provvisoria, al contrario di quelli della cauzione definitiva - che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto, per ciò giustificandosi l'esclusione dalla gara per la sola irregolarità - atteso che la prima non è parte integrante dell'offerta e, di conseguenza, gli eventuali vizi che l'affliggono non possono comunque determinare l'esclusione della partecipante, posto che gli stessi costituiscono un minus, rispetto alla carenza assoluta, tale da non invalidare l'offerta (Cons. St., 7 luglio 2014, n. 3431; id., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781; Tar Lazio, sez. II bis, 3 novembre 2014, n. 11001; Tar Catania, sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 446);

Considerato che l'accoglimento nei sensi sopra indicati rende prive di pregio le eccezioni di inammissibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione del bando di gara;

Considerato pertanto che l'azione annullatoria deve essere accolta, con conseguente ammissione alle successive fasi della gara della Sanacilia s.r.l., mentre deve essere respinta la domanda di condanna nell'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea al risarcimento danni, atteso che la sospensione cautelare del provvedimento di esclusione e l'ammissione con riserva alla gara, disposta con decreto presidenziale n. 5159 del 20 ottobre 2014, ha evitato il verificarsi di un danno ingiusto risarcibile;

Considerato peraltro che sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti in causa delle spese e degli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'affetto annulla la determina dell'Azienda ospedaliera San'Andrea n. 15417 del l'1 ottobre 2014; respinge la domanda di risarcimento danni

Compensa tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la sentenza in commento, il Tar del Lazio ha affrontato la questione inerente all'illegittimità dell'esclusione di un'impresa dalla partecipazione ad una gara di appalto dovuta alla **irregolarità della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta**, sottolineando, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 comma 1-*bis* del Codice dei contratti pubblici, la **distinzione di quest'ultima rispetto alla cauzione definitiva**.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La pronuncia in esame scaturisce dall'impugnazione del provvedimento con cui la stazione appaltante aveva escluso la ricorrente dalla gara, bandita per l'affidamento del servizio di fornitura in noleggio di materassi antidecubito, per aver presentato in sede di offerta, in luogo della richiesta cauzione provvisoria, una polizza fideiussoria relativa ad altra concomitante gara.

Il Giudice di prime cure ha avuto modo di evidenziare l'illegittimità della suddetta esclusione sotto un duplice profilo.

In prima battuta, la decisione del Collegio viene fondata sulla **scusabilità dell'errore in cui è incorsa la ricorrente e sull'illegittimità del comportamento della Commissione di gara** che, dopo aver inizialmente richiesto la sostituzione della polizza erroneamente inserita nel plico, una volta sanato l'errore ha mostrato un ripensamento escludendo la partecipante.

Sul punto, va specificato che nel caso di specie è stata dirimente anche la celerità con cui l'impresa ha rimediato alla svista (la cauzione corretta è stata presentata poche ore dopo la richiesta), nonché il fatto che la cauzione provvisoria presentata su richiesta della Commissione era stata rilasciata sin dal 18 luglio 2014 e, quindi, ben prima del termine di presentazione delle offerte in scadenza il 16 settembre 2014, ad ulteriore dimostrazione del previo possesso della stessa cui il Collegio ricollega la scusabilità dell'errore e l'assoluta

buona fede dell'impresa partecipante.

In disparte da ciò, il Tar del Lazio ha motivato la soluzione della controversia sul rilievo - espressamente assunto di carattere assorbente rispetto alle suddette considerazioni - secondo cui, a seguito della novella del 2011 che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-*bis*, del Codice dei Contratti Pubblici, **i vizi e le irregolarità concernenti la cauzione provvisoria devono essere considerati sanabili in quanto questa non è considerata parte integrante dell'offerta, a differenza della cauzione definitiva**, ritenuta la garanzia più consistente della corretta esecuzione del contratto.

Come noto, l'art. 75 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ai commi da 1 a 7 prescrive l'obbligo di corredare l'offerta di una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente, non prevedendo, tuttavia, alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata.

Esplicitamente prescritta a pena di esclusione, al successivo comma 8, è invece la presentazione dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva nel caso di aggiudicazione della gara.

Ebbene, il Collegio segue l'interpretazione della giurisprudenza più recente che valorizza la diversa formulazione letterale e rende evidente *"l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica l'esclusione dalla gara"* (cfr. *ex multis* Cons. St., 7 luglio 2014, n. 3431; Tar Lazio, Sez. II *bis.*, 3 novembre 2014, n. 11001; Tar Sicilia, Catania, Sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 446).

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La pronuncia in commento si inserisce nel recente filone giurisprudenziale che ha ribaltato quanto statuito dall'AVCP nella Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, a mente della quale la richiesta *ex art. 75* di presentazione della cauzione provvisoria avrebbe un carattere immediatamente prescrittivo e vincolante, tale da renderla *"elemento essenziale dell'offerta e non un mero elemento di corredo della stessa"*.

Con la sentenza in esame, invece, i Giudici hanno ribadito come tale norma vada ormai letta diversamente, stante la *ratio* della novella legislativa del 2011, tesa a limitare le cause di esclusione dalle gare ed a favorire, per il principio del *favor participationis*, la regolarizzazione delle domande e delle offerte che siano prive dei requisiti richiesti dalla legge o dal bando.

Pertanto, se nel sistema previgente la cauzione provvisoria, assolvendo la funzione di garantire la serietà dell'offerta, era ritenuta parte integrante della stessa la cui mancanza o

irregolarità giustificava l'esclusione dalla gara (cfr. Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746), ad oggi la sua funzione viene degradata, tanto che, come ribadito dal Tar Lazio, “*gli eventuali vizi che l'affliggono non possono comunque determinare l'esclusione della partecipante, posto che gli stessi costituiscono un minus, rispetto alla carenza assoluta, appunto, non invalidante l'offerta*”.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

M. Calaresu, *Le offerte: forme, contenuti, garanzie e varianti*, in F. Caringella, M. Giustiniani (a cura di) *Manuale di diritto amministrativo. IV. I contratti pubblici*, Ed. Dike, pp. 926 ss.; F. Caringella, M. Giustiniani, *Codice dei contratti pubblici annotato con la giurisprudenza, Sub. Art. 75*, Ed. Dike, 2014, pp. 447 ss.